

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/175127>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Vitale vennootschappen in veilige handen

De vitale infrastructuur in Nederland is over het algemeen goed beschermd tegen ongewenste (buitenlandse) aandeelhouders. Niettemin zijn er enkele kwetsbaarheden. Deze zien op de sectoren ICT/Telecom, Openbaar bestuur (digitale overheid) en Defensie. Daarnaast ontbreken bijzondere regels in geval van een faillissement van vitale vennootschappen. Een risico voor de nationale veiligheid ontstaat zodra een ongewenste aandeelhouder van een vitale vennootschap een bestuurder kan benoemen.

ACHTERGRONDEN

Het komt geregeld voor dat buitenlandse investeerders belangrijke aandeelhoudersrechten in Nederlandse ondernemingen verwerven of trachten te verwerven. Hoewel buitenlandse investeringen een materiële bijdrage aan de Nederlandse welvaart leveren, komt in de huidige geopolitieke context de vraag op of zij tevens een bedreiging kunnen vormen voor de nationale veiligheid. Deze vraag speelde bijvoorbeeld bij de poging van het Mexicaanse América Móvil om een meerderheidsaandeel in telecombedrijf KPN te verwerven (2013), de overname van Fox-IT door een Britse partij (2015), de overname van een divisie van chipfabrikant NXP door twee Chinese investeringsmaatschappijen (2016) en de poging van het Belgische BPost – voor 40% in handen van de Belgische overheid – om PostNL over te nemen (2016). In opdracht van het WODC deden wij onderzoek naar de risico's van (buitenlands) aandeelhouderschap voor de nationale veiligheid. Centraal stond de vraag hoe aandeelhouderschap in een Nederlandse naamloze of besloten vennootschap (mogelijke) toegang tot (vertrouwelijke) informatie en invloed op beslissingen biedt en op welke wijze dit gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid. Onze bevindingen zijn gepubliceerd in het rapport *Vitale vennootschappen in veilige handen* dat april 2017 verscheen.¹

OPERATIONALISERING NATIONALE VEILIGHEID

Een nadere uitwerking van het begrip nationale veiligheid in de context van (buitenlands) aandeelhouderschap is nodig. Op grond van de Strategie Nationale Veiligheid onderscheiden wij drie generieke categorieën van veiligheidsbelangen.² Het gaat, kort gezegd, om de continuïteit van vitale processen, de integriteit en exclusiviteit van informatie en het functioneren van de democratische rechtsorde.

Bij de *eerste* veiligheids categorie gaat het erom of de continuïteit van het vitale proces (levering, dienstverlening of productie) in gevaar komt. Bij het *tweede* veiligheidsbelang speelt de vraag of strategische of gevoelige technologische kennis ongewenst in buitenlandse handen valt en/of ertoe kan leiden dat een ander land inzage krijgt in staatsgeheimen, persoonsgegevens van burgers of in de werking van ons veiligheidsbestel.

■ Claartje Bulten

Hoogleraar ondernemingsrecht, Radboud Universiteit, Nijmegen

■ Bas de Jong

Hoogleraar financiële markten, Radboud Universiteit, Nijmegen

■ Evert-Jan Breukink

Promovendus ondernemingsrecht, Radboud Universiteit, Nijmegen

Het *derde* generieke veiligheidsbelang betreft “het functioneren van de democratische rechtsorde”, ook wel geformuleerd als “strategische afhankelijkheid”: kan de overname (door een buitenlands partij) ertoe leiden dat Nederland op enig moment door een ander land politiek onder druk gezet of gesaboteerd kan worden? Naast de generieke categorieën veiligheidsbelangen zijn er tevens sector-specifieke veiligheidsbelangen, zoals de veiligheid en non-proliferatie van wapens in de chemische en nucleaire sector.

Ons onderzoek was gericht op naamloze en besloten vennootschappen (NV's en BV's), de meest voorkomende rechtsvormen in het bedrijfsleven. Wanneer een NV of BV met haar activiteiten een of meer van de onderscheiden veiligheidsbelangen in gevaar kan brengen, dan spreken wij van een vitale vennootschap. Het is aan de overheid om te bepalen of in een concreet geval en op basis van alle omstandigheden van het geval een vennootschap als vitaal kan worden aangemerkt. Uit het voorgaande blijkt dat nationale veiligheid een enger begrip is dan “algemeen belang” of “publiek belang”. Momenteel loopt een maatschappelijke discussie over de wenselijkheid van overheidsinmenging bij overnames. Het gaat hierbij niet alleen om vitale vennootschappen, maar tevens om beursgenoteerde kroonjuwelen zoals Unilever en Akzo Nobel. Unilever is volgens de huidige indeling van de vitale infrastructuur echter niet van belang voor de nationale veiligheid en mogelijk geldt hetzelfde voor Akzo. Overheidsinmenging is volgens het Europese recht toegestaan op grond van “openbare orde”, “openbare veiligheid” en “dwingende redenen van algemeen belang”. Economisch getinte belangen als behoud van werkgelegenheid (zoals bij Unilever en Akzo Nobel) vallen hier niet onder.

RISICOVOLLE AANDEELHOUDERSRECHTEN

Wij onderzochten voorts welke rechten toekomen aan de aandeelhouders(vergadering) van vitale vennootschappen en hoe deze rechten van invloed zijn op de nationale veiligheid. Als individu heeft een aandeelhouder het recht aandelen te kopen en te verkopen. Bij niet-beursgenoteerde NV's en bij BV's kan een verkoop van aandelen “onder de radar” plaatsvinden. De wisseling in het aandeelhouders-

¹ C. Bulten, B. de Jong, E. Breukink & A. Jettinghoff, *Vitale vennootschappen in veilige handen*, <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2609-toegang-en-invoel-buitenlandse-investeringen-in-nederlandse-vitale-sectoren.aspx>.

² Deze zijn geformuleerd in het rapport *Tussen naïviteit en paranoia* van de Werkgroep Economische Veiligheid (2014).



bestand is voor de buitenwereld niet zichtbaar. Bij vitale vennootschappen zijn er dan risico's voor de nationale veiligheid bij verkoop aan een ongewenste (buitenlandse) investeerder.

Het is van belang oog te hebben voor mogelijke partijen achter de formele aandeelhouder. De aandeelhouder kan bijvoorbeeld een staatsfonds (sovereign wealth fund) zijn, waarin een buitenlandse overheid invloed uitoefent. Het is zaak te achterhalen wie de uiteindelijk belanghebbende is die de formele of feitelijke zeggenschap heeft over de aandeelhouder.

De mate van invloed die een aandeelhouder heeft, hangt af van de omvang van zijn aandelenbelang. Het hebben van doorslaggevende invloed binnen de algemene vergadering van een vitale vennootschap kan risico's meebrengen voor de nationale veiligheid. Hiervan is sprake indien een ongewenste aandeelhouder de meerderheid van de stemrechten heeft in een vergadering. Deze meerderheid kan ontstaan door het verschaffen van meer dan 50% van het kapitaal, maar ook bij een kleiner belang. Als er weinig aandeelhouders naar de vergadering komen ("aandeelhoudersabsenteïsme"), kan een minderheidsbelang (dus kleiner dan 50%) voldoende zijn om besluiten te nemen. Van alle aandeelhoudersrechten³ is de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering tot benoeming in combinatie met de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders volgens ons het belangrijkste risico voor de onderscheiden nationale veiligheidsbelangen. Dit is tevens de perceptie in de praktijk. Aan ongewenste investeerders gelieerde bestuurders kunnen invloed uitoefenen op de strategie van de vennootschap en daarmee de continuïteit van een vitaal proces beïnvloeden. Bovendien hebben bestuurders in beginsel toegang tot het operationele niveau en (vertrouwelijke) informatie binnen de vennootschap, die vervolgens kan worden doorgespeeld. Ook is het denkbaar dat ongewenste (buitenlandse) investeerders hun welgezinde bestuurders aan het roer van Nederlandse vennootschappen weten te zetten. Dit kan een negatieve weerslag hebben op het vertrouwen in het functioneren van "het systeem" in het algemeen en de sector waarin de vennootschap actief is in het bijzonder. Vennootschappen kunnen zichzelf trachten te beschermen tegen de (veiligheids)risico's van aandeelhouderszeggenschap. Het vennootschapsrecht biedt hiervoor mogelijkheden. Niettemin blijkt uit ons onderzoek dat deze vorm van privaatrechtelijke bescherming in het algemeen niet waterdicht is.

ANALYSE VAN VITALE PROCESSEN

Voor een inschatting van de veiligheidsrisico's van (buitenlandse) overnames en investeringen keken wij ook naar het bestaande instrumentarium ter bescherming van de vitale infrastructuur. Wij onderzochten de sectoren energie, ICT/Telecom, drinkwater en water, transport, chemie, de nucleaire sector, de financiële sector, de digitale overheid en defensie.⁴

³ In het rapport bespreken wij het recht op inlichtingen, het agenderingsrecht, het recht om met machtiging van de rechter een algemene vergadering bijeen te roepen, goedkeurings- en instructierechten van de algemene vergadering en bevoegdheden tot statutenwijziging en herstructurering.

⁴ Ons onderzoek was echter minder diepgaand dan de door de Werkgroep Economische Veiligheid in 2014 aanbevolen "ex ante analyses" per vitale sector, die zijn of thans nog worden verricht.



In de meeste onderzochte sectoren zijn de risico's van (buitenlands) aandeelhouderschap voor de nationale veiligheid adequaat ingeperkt. Dit geschiedt door verschillende instrumenten: staatsdeelnemingen, regelgeving en toezicht, vergunningen en privaatrecht (contracten). Wij vonden geen voorbeelden waarbij (buitenlands) aandeelhouderschap daadwerkelijk negatieve gevolgen heeft gehad voor de nationale veiligheid. Wel bestaan in enkele sectoren kwetsbaarheden, die het gevolg zijn van het ontbreken van een adequaat instrumentarium om preventief de relevante nationale veiligheidsbelangen te borgen. Dit kan een bedreiging voor de nationale veiligheid in de (nabije) toekomst vormen. Een vitale vennootschap kan in surseance of in staat van faillissement raken. Er bestaan geen bijzondere regels om te voorkomen dat een herstructurering of een verkoop van onderdelen uit de boedel aan ongewenste partijen leidt tot veiligheidsrisico's. Dit blijkt in de praktijk een punt van zorg. Wij achten het daarom wenselijk dat er voorschriften bestaan om in een vroeg stadium van (naderende) insolventie de relevante veiligheidsbelangen te beschermen.

Een eerste kwetsbare sector is ICT/Telecom. De wettelijke bepalingen die beogen de integriteit en exclusiviteit van informatie te beschermen bij aanbieders van telecomnetwerken en -diensten bieden weinig soelaas indien zij worden overgenomen door een ongewenste (buitenlandse) investeerder. Het aandeelhouderschap van de aanbieders van telecommunicatiediensten aan de overheid lijkt aldus



een aandachtspunt. De telecomdiensten 112, C2000, de Noodcommunicatievoorziening, het glasvezelnetwerk voor Defensie en de telecomdiensten die worden geleverd aan Schiphol zijn kwetsbaar voor discontinuïteit bij een buitenlandse overname van een aanbieder. Ook kan een vreemde mogendheid pressie op Nederland uitoefenen door na een overname ermee te dreigen de dienstverlening te staken. Deze gevaren zijn er niet – of in ieder geval in veel mindere mate – indien een andere telecomaandbieder de genoemde diensten bij staking eenvoudig over kan en mag nemen. Het is ons niet duidelijk geworden of deze mogelijkheid bestaat. Een kwetsbaarheid bestaat verder ten aanzien van de beheerders van datacenters. De integriteit en exclusiviteit van daar aanwezige informatie loopt mogelijk risico bij een ongewenste (buitenlandse) overname.

In de sector openbaar bestuur (met name de digitale overheid) zijn de risico's tamelijk gering, maar niet verwaarloosbaar. Het gaat om gevallen waarin de overheid werkzaamheden inzake de verzameling, de verwerking, het gebruik, de uitwisseling, de opslag of de beveiliging (waaronder encryptie) van informatie aan- of uitbesteedt aan ondernemingen. In ieder geval is er op de markt voor encryptiediensten een risico van afhankelijkheid van de overheid van bepaalde ondernemingen, zoals Fox-IT. Indien bijvoorbeeld na een buitenlandse overname sprake is van compromittering van vertrouwelijke informatie is er mogelijk geen alternatief voorhanden. Met het voorbehoud dat wij niet over alle informatie beschikken, kunnen wij ons indenken dat aan de voltooide overname van Fox-IT door een Britse partij vanuit het oogpunt van nationale veiligheid risico's zijn verbonden.

Defensie hanteert onder meer contractuele voorwaarden (ABDO-regels) om veiligheidsrisico's te beperken ten aanzien van externe leveranciers. Deze voorwaarden stellen de overheid echter onvoldoende in staat om vooraf wijzigingen in zeggenschapsverhoudingen bij deze leveranciers te toetsen.

Inmiddels worden initiatieven overwogen om enkele van de genoemde kwetsbaarheden weg te nemen, zoals blijkt uit het conceptwetsvoorstel voor de telecomsector en aanpassing van de ABDO-regels in de defensiesector.

AANBEVELINGEN

Wij bevelen aan dat de overheid de beschikking krijgt over een sectorspecifiek publiekrechtelijk instrumentarium, waarmee vooraf dreigingen voor de nationale veiligheid kunnen worden tegengegaan. Een sectorspecifiek instrumentarium ligt in Nederland meer voor de hand dan een algemene wettelijke investeringstoets die alle (vitale) vennootschappen raakt, omdat de sectoren onderling verschillen en er sectoren zijn waarin de risico's van (buitenlands) aandeelhouderschap voor de nationale veiligheid adequaat zijn ingeperkt. Vooraf moet per relevante (kwetsbare) sector voldoende concreet worden gedefinieerd voor welke vennootschappen een toets geldt en welke investeerders of investeringen onder de toets vallen. Uitsluitend substantieel aandeelhouderschap in vitale vennootschappen zou aan voorafgaande overheidstoetsing onderworpen moeten zijn. Het gaat wat ons betreft nadrukkelijk niet om alle beursgenoteerde vennootschappen of andere niet-beursgenoteerde "kroonjuwelen".

Kabinetsprogramma Economische Veiligheid

■ George Middeldorp

Programmamanager Economische Veiligheid, NCTV

De interdepartementale werkgroep economische veiligheid (IWEV)¹ voert, onder coördinatie van de NCTV, een kabinetsprogramma² uit dat ten doel heeft de risico's voor de nationale veiligheid van buitenlandse overnames van en investeringen in Nederlandse bedrijven en van aanbesteding van overheidsopdrachten in beeld te brengen en waar nodig instrumenten in te zetten of te ontwikkelen om deze risico's te reduceren en de weerbaarheid te versterken.

¹ In de IWEV zijn naast de NCTV de ministeries van AZ, EZ, FIN, DEF, BZ, IenM, de AIVD en de MIVD vertegenwoordigd. Ook neemt een vertegenwoordiger van VNO-NCW deel aan de werkgroep. De IWEV kent een signalerende, agenderende en reflecterende rol ten aanzien van beleidsontwikkeling op het gebied van economische veiligheid. Ook adviseert de werkgroep in casuïstiek.

² Zie uitgebreider de op 22 mei 2017 aan de Tweede Kamer gezonden voortgangsbrief economische veiligheid: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/05/22/tk-voortgang-uitvoering-kabinetsbeleid-economische-veiligheid>.

Aan de hand van ex-ante-analyses worden voor elke sector binnen de vitale infrastructuur eventuele risico's voor de nationale veiligheid bij buitenlandse investeringen en aanbestedingen van overheidsopdrachten in kaart gebracht teneinde te bepalen of het bestaande instrumentarium van de overheid voldoende waarborgen biedt. Hierbij wordt gekeken naar de volgende drie risicocategorieën.

- *Continuïteit vitale processen*
Is er een risico dat de continuïteit van levering, dienstverlening of productie in gevaar komt?
- *Integriteit en exclusiviteit van kennis en informatie*
Kan strategische of gevoelige technologische kennis in buitenlandse handen vallen en/of kan een ander land inzage krijgen in staatsgeheimen, persoonsgegevens van burgers of in de werking van ons veiligheidsbestel?
- *Strategische afhankelijkheid*
Kan de buitenlandse investering of verkrijging van een overheidsopdracht ertoe leiden dat Nederland op enig moment door een ander land politiek onder druk wordt gezet?

Tot nog toe zijn drie analyses uitgevoerd.